Die Rechtsnatur des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 BGB., seine Wirkung in der Zwangsversteigerung und im Konkurse des Eigentümers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Ernst Kuttig
Referendar

Breslau 1930

»Quader« Druckerei und Verlagsanstalt GmbH., Breslau 1, Herrenstraße Nr. 19

Gedruckt
mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern gewidmet.

INHALTSVERZEICHNIS.

Seite:

Einleitung:

Der dem Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. zugrundeliegende Anspruch auf Ersatz von Verwendungen . . 7

Hauptteil:

1. *Die rechtliche Natur des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B.* 9

   A. Das Verhältnis des § 1000 B.-G.-B. zu § 273 B.-G.-B. als Grundlage für die Erörterung der Rechtsnatur des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B. . . 9

   B. Hat der Besitzer analog § 273 Absatz 2 B.-G.-B. auch unter den Voraussetzungen des § 1000 B.-G.-B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines durch die herauszugebende Sache verursachten Schadens? 13

   C. Der obligatorische Charakter des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B. 14

2. *Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts in der Zwangsversteigerung* 17

   A. Das Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts durch den Zuschlag 17

   B. Tritt an die Stelle des Zurückbehaltungsrechts der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse? 19

3. *Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B. im Konkurse* 21

   A. Das im § 49 Nr. 3 K.-O. gegebene Absonderungsrecht 21

   B. Gilt § 49 Nr. 3 K.-O. auch für unbewegliche Sachen? 24

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0118

Der Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer einer ihm gehörigen Sache, die alte rei vindicatio des römischen Rechtes, ist im Bürgerlichen Gesetzbuche in den Paragraphen 985 ff geregelt. Der Anspruch des § 985 B.-G.-B. geht auf Herausgabe der Sache. In den darauffolgenden Paragraphen wird der Umfang des Herausgabeanspruchs näher entwickelt. (§§ 987 bis 993). So ist bestimmt, wem die während der Besitzzeit gezogenen Nutzungen zustehen sollen, wer für eine Verschlechterung oder den Untergang der Sache haftet. Überall handelt es sich hier um Ansprüche, die dem Eigentümer gegen den Besitzer zustehen.

Oft wird es vorkommen, daß die vom Besitzer herauszugebende Sache während seiner Besitzzeit dadurch verbessert worden ist, daß er Verwendungen auf die Sache gemacht hat. Man braucht nicht nur an die zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen zu denken, die der Besitzer aufgewendet hat, um die Sache vor dem Untergange zu bewahren. Auch darüber hinausgehende Verwendungen, durch die die herauszugebende Sache sogar wesentlich verbessert worden ist, werden nicht selten sein. Sie werden am häufigsten in den Fällen vorkommen, in denen der Besitzer glaubte, selbst Eigentümer der Sache zu sein, weil er bei Erwerbe seines Besitzes an das Eigentum seines Veräußerers geglaubt hat und auch später nichts davon erfahren hat, daß dieser nicht Eigentümer war. Im Normalfalle wird der Besitzer nun zwar ungeachtet des Nichteigentums seines Veräußerers Eigentum erwerben, sofern er nur hinsichtlich des Eigentums des Veräußerers gutgläubig ist. (§ 932 B.-G.-B.) Gleichwohl tritt sein Eigentumserwerb dann nicht ein, wenn die Sache dem wahren Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. (§ 935 B.-G.-B.) Dies wird der Normalfall sein, in dem der Besitzer unter Umständen sehr erhebliche Aufwendungen auf die Sache gemacht hat.

Es wäre nun unbillig, wollte man dem Eigentümer das Recht geben, von dem Besitzer die Herausgabe der Sache in dem Zustande zu verlangen, in dem sie sich, durch Aufwendungen des Besitzers unter Umständen erheblich verbessert befindet, ohne dem Besitzer gleichzeitig einen Ersatzanspruch für seine Verwendungen zuzubilligen. Normalerweise wird doch der Besitzer bei erheblichen Verwendungen — das Gesetz bezeichnet sie „andere als notwen-

dige Verwendungen" — davon ausgegangen sein, daß er Eigentümer der Sache ist und wird zu dieser Annahme auch berechtigt gewesen sein, da er von dem Nichteigentum des Veräußerers und davon, daß die Sache gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, nichts gewußt hat. Sollte in diesem Falle der Besitzer verpflichtet sein, die Sache herauszugeben, ohne ein Entgelt für seine Verwendungen zu erhalten?

Unter diesen beiden Gesichtspunkten: der Notwendigkeit der Verwendungen und der Gutgläubigkeit des Besitzers bei Vornahme der Verwendungen sind daher auch die im Bürgerlichen Gesetzbuche gegebenen Ansprüche auf Ersatz von Verwendungen zu verstehen und so eingeteilt sind die Verwendungsansprüche kurz folgende: Der redliche, das heißt derjenige Besitzer, der sich selbst für den Eigentümer hielt und dies auch ohne grobe Fahrlässigkeit tun durfte[1]), kann für die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen in vollem Umfange Ersatz verlangen (§ 994, Absatz 1, Satz 1 B.-G.-B.). Auch für andere als notwendige Verwendungen kann der redliche Besitzer Ersatz verlangen, sofern nur der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu der der Eigentümer die Sache wiedererlangt (§ 996, Satz 1 B.-G.-B.). Der Ersatzanspruch des unredlichen Besitzers hinsichtlich notwendiger Verwendungen richtet sich nach § 994, Absatz 2 B.-G.-B. Hiernach bestimmt sich die Ersatzpflicht des Eigentümers nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Nach diesen Vorschriften ist der Eigentümer ersatzpflichtig, wenn er die Verwendungen genehmigt (§ 684, Satz 2 B.-G.-B.), oder wenn die Verwendungen Ausgaben sind, die zur rechtzeitigen Erfüllung einer dem Eigentümer im öffentlichen Interesse obliegenden Pflicht notwendig waren, ohne Rücksicht auf seinen etwa entgegenstehenden Willen. (§ 679 B.-G.-B.) Auch besteht der Ersatzanspruch dann, wenn die Verwendungen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprechen. (§ 683 B.-G.-B.) Notwendige, das heißt einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechende Verwendungen wird der Besitzer nun jederzeit für erforderlich halten dürfen[2]). Sie werden auch regelmäßig dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprechen. Nach dieser Überlegung kommt man dazu, daß die Unterscheidung, die das Bürgerliche Gesetzbuch hinsichtlich der notwendigen Verwendungen bei redlichem und bei unredlichem Besitzer macht, sehr theoretischen Charakters ist. Auch der unredliche Besitzer wird in der weitaus größten Mehrzahl der Fälle für notwendige Verwendungen in vollem Umfange Ersatz verlangen können.

Hinsichtlich des Ersatzanspruchs des unredlichen Besitzers für andere als notwendige Verwendungen enthält das Bürgerliche Gesetz-

---

[1]) vgl. §§ 994 Abs. 2, 990 in Verbindung mit § 932 Abs. 2 B.-G.-B.
[2]) Denn das Maß des Erforderlichen ist nach der Verkehrssitte zu beurteilen. Vgl. Isay, Geschäftsführung Seite 148.

buch überhaupt keine Bestimmung. Ein solcher Anspruch existiert also nicht, der Besitzer ist vielmehr hier auf die Vorschriften über das Trennungsrecht zu verweisen (§ 997 B.-G.-B.)[3]. Daß der Rechtshängigkeitsbesitzer einem bösgläubigen Besitzer gleichgestellt ist, ist eine Selbstverständlichkeit, denn mit Klageerhebung muß auch der bisher gutgläubige Besitzer damit rechnen, daß nicht er, sondern ein Anderer Eigentümer ist, sein guter Glaube wird also durch Eintritt der Rechtshängigkeit ausgeschlossen.

Aber nicht mit dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen als solchem hat es diese Arbeit zu tun, sondern vielmehr mit der Möglichkeit, denselben geltend zu machen. Für die Durchführung des Verwendungsanspruches[4]) gibt das Bürgerliche Gesetzbuch einen dreifachen Schutz:

1. Ein Zurückbehaltungsrecht (§ 1000);
2. die Möglichkeit der klageweisen Durchführung (§§ 1001 und 1002);
3. ein Selbstbefriedigungsrecht aus dem dem Eigentümer herauszugebenden Gegenstande (§ 1003).

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem erstgenannten Durchführungsmittel, dem Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. Sie will insbesondere seine rechtliche Natur und die daraus sich ergebende Wirkung in der Zwangsversteigerung und im Konkurse des Eigentümers untersuchen.

A. *Das Verhältnis des § 1000 B.-G.-B. zu § 273 B.-G.-B. als Grundlage für die Erörterung der Rechtsnatur des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B.*

§ 1000 B.-G.-B. bestimmt:

„Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

Zum Vergleiche sei § 273 B.-G.-B. herangezogen. Dieser lautet:

„Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. (Zurückhaltungsrecht.)

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat."

---

[3]) vgl. Morgenroth a. a. O., Seite 26.

[4]) so im Folgenden immer statt Anspruch auf Ersatz von Verwendungen.

Zwischen § 273, Absatz 2 und § 1000 B.-G.-B. besteht offensichtlich eine außerordentliche Ähnlichkeit. Ja, es scheint auf den ersten Blick sogar, als sei der Fall des § 1000 in dem des § 273 Absatz 2 B.-G.-B. schon mitenthalten, so daß das im § 1000 geschaffene Zurückbehaltungsrecht etwas Überflüssiges, im Hinblick auf § 273 Absatz 2 B.-G.-B. Selbstverständliches ist. Diese Meinung ist sogar häufig vertreten worden.[5]).

Um diese Ansicht überhaupt vertreten zu können, muß man zunächst einmal sich über die außerordentlich bestrittene Frage klar werden, ob die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche überhaupt Anwendung finden, wenn ja, inwieweit dies der Fall ist.

Grundsätzlich wird man davon auszugehen haben, daß die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche keine Anwendung finden. Das ergibt sich mit Sicherheit schon aus der Anordnung des Stoffes im Bürgerlichen Gesetzbuche: Erst ein für alle Bücher geltender allgemeiner Teil, dann ein neuer, besonderer Teil: Das Recht der Schuldverhältnisse. Diesem wiederum als erster Teil ein allgemeiner Teil vorangestellt.

Es ist klar, daß dieser allgemeine Teil des Rechts der Schuldverhältnisse eben nur für Schuldverhältnisse Anwendung finden soll, nicht auf andere, insbesondere auch nicht auf dingliche Rechtsverhältnisse. Wäre das vom Gesetzgeber gewollt gewesen, dann hätte er seinen allgemeinen Teil gleich bis zum § 432 B.-G.-B. ausdehnen können.

Der Grundsatz, daß die Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf dingliche Ansprüche keine Anwendung finden kann jedoch nicht unbeschränkt gelten. In vielen Fällen wird eine analoge Anwendung zweckmäßig sein, ja das Gesetz selbst hat in manchen Fällen nicht anders gekonnt, als auf die Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse zu verweisen.[6]). Das erklärt sich daraus, daß auch aus dinglichen Rechten Ansprüche von Person zu Person entstehen können, und zwar wird das regelmäßig dann der Fall sein, wenn das dingliche Recht durch eine Person verletzt wird. Das Eigentum z. B. ist ein absolutes, gegen jedermann wirkendes dingliches Recht. Mit dem Moment jedoch, wo dieses Recht durch eine Person widerrechtlich verletzt wird, ergeben sich obligatorische Schadensersatzansprüche nach den §§ 823 ff. B.-G.-B. gegen denjenigen, der das dingliche Recht verletzt hat. Aus diesem Beispiel ist zu ersehen ,daß aus dinglichen Rechten jederzeit Ansprüche von Person zu Person, also schuldrechtliche Ansprüche entstehen können. Auf diese die Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse analog anzuwenden, bestehen solange keine Bedenken,

---

[5]) vgl. Florey a. a. O., Seite 85, Grevel a. a. O. Seite 65, 68. Baring a. a. O. Band 15 Heft 1 Seite 41.

[6]) so zo B. im § 990 Absatz 2, wo auf die Vorschriften über den Leistungsverzug verwiesen wird.

als sich nicht aus der besonderen Natur des dinglichen Anspruchs und den mit Rücksicht hierauf gegebenen Vorschriften eine Abweichung ergibt.[7]).

Daß solche Bedenken hinsichtlich der Anwendung des § 273 B.-G.-B. auf den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers und den diesem gegenüberstehenden Verwendungsanspruch des Besitzers bestehen, ist nicht anzunehmen, ja, die Tatsache, daß im § 1000 B.-G.-B. ausdrücklich noch einmal von dem Zurückbehaltungsrecht die Rede ist, zeigt, daß eine analoge Anwendung der Grundsätze des Zurückbehaltungsrechts vom gesetzgeberischen Standpunkte aus geboten erscheint.

Es würden also keine Bedenken bestehen, die Vorschriften über das Zurückbehaltungsrecht bei dem Anspruche des Eigentümers gegen den Besitzer anzuwenden. Danach scheint es allerdings so, als ob § 1000 B.-G.-B. im Hinblick auf § 273 Abs. 2 B.-G.-B. etwas Selbstverständliches wäre.

Die folgenden Erörterungen sollen aber zeigen, daß das nicht der Fall ist.

§ 273 Absatz 1 sowohl wie Absatz 2 B.-G.-B. setzt voraus, daß der Anspruch, der durch das Zurückbehaltungsrecht geschützt werden soll, ein *fälliger* Anspruch ist.[8]). Ist also § 1000 B.-G.-B. etwas Selbstverständliches, schon durch § 273 B.-G.-B. Mitumfaßtes, dann muß auch der Anspruch, der durch § 1000 geschützt wird, ein fälliger sein.

§ 1001 B.-G.-B. Satz 1 bestimmt hinsichtlich des Verwendungsanspruches, daß er vom Besitzer nur geltendgemacht werden kann, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Die angriffsweise Geltendmachung des Verwendungsanspruches ist also aufschiebend bedingt durch die Wiedererlangen der Sache oder die Genehmigung der Verwendungen vonseiten des Eigentümers.

Daß hier eine wirkliche Bedingung vorliegt, dafür spricht, abgesehen von dem Wortlaut des § 1001 B.-G.-B. (*nur* geltendmachen, wenn der Eigentümer wiedererlangt oder genehmigt, nicht: Erst, wenn der Eigentümer wiedererlangt oder genehmigt hat[9])

---

[7]) Dies ist auch der Standpunkt der modernen Rechtsprechung und Literatur. Vgl. R.-G.-K. § 241 Vorbemerkung 2. Eine Einschränkung der analogen Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse auf dingliche Verhältnisse erscheint geboten. So hat das Reichsgericht sich neuerdings immer gegen eine analoge Anwendung des § 281 B.-G.-B. ausgesprochen, den es früher unbedenklich auch auf dingliche Verhältnisse angewendet hatte. (Vgl. R.-G.-Z. 115, 33 gegen R.-G.-Z. 105, 84.) Begründung: es fehlt an einer Gleichartigkeit und an zwingenden gesetzgeberischen Zweckmäßigkeitsgründen.

[8]) Ausdrücklich im § 273 Absatz 2 B.-G.-B.: „Wenn ihm ein *fälliger* Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand zusteht."

[9]) Langheineken a. a. O. Seite 75.

die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. Sowohl der erste Entwurf[10]) wie die Protokolle[11]) bezeichnen den Verwendungsanspruch ausdrücklich als einen bedingten.

Jeder fällige vollgültige Anspruch enthält nun — soviel ist unbestritten — das Recht auf *sofortige* Leistung und das Recht, diese Leistung sofort durch Verurteilungsklage mit anschließender Vollstreckung zu erzwingen, also, wie Siber[12]) es ausdrückt, „ein Klag- und Vollstreckungsrecht wider den Schuldner".

Dieses Klag- und Vollstreckungsrecht wider den Schuldner ist bei dem Verwendungsanspruche aufschiebend bedingt durch die Wiedererlangung der Sache oder die Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer. Infolgedessen kann auch von einer Fälligkeit vor Eintritt einer dieser beiden Bedingungen keine Rede sein. Aufschiebend bedingte Ansprüche sind eben nicht fällig.[13]).

Im Augenblicke ,in dem der Eigentümer auf Herausgabe seiner Sache klagt, und der Besitzer gegenüber dieser Klage zur Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechtes befugt sein soll, wird nun der Verwendungsanspruch in der Mehrzahl der Fälle noch nicht fällig sein, dem Besitzer also kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 B.-G.-B. zustehen.

Der Fall, daß der Eigentümer die Sache bereits wiedererlangt hat, scheidet für die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes völlig aus, denn in diesem Falle wird ja der Eigentümer niemals auf Herausgabe der Sache klagen. Sollte aber in dem Falle, daß der Eigentümer die Verwendungen noch nicht genehmigt hat, der Besitzer, um ein Zurückbehaltungsrecht geltendmachen zu können, immer erst gezwungen sein, auf Erteilung der Genehmigung gegen den Eigentümer zu klagen?

Es bliebe also, um § 273 B.-G.-B. anwenden zu können, nur der einzige Fall übrig, daß der Eigentümer die Verwendungen, bevor er auf Herausgabe der Sache klagt, irgendwie, sei es ausdrücklich, stillschweigend oder durch konkludente Handlungen genehmigt hat. Der Eigentümer könnte, falls er sich freiwillig zur Erteilung der Genehmigung nicht verstehen wollte, willkürlich, durch Verweigerung der Genehmigung die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts vereiteln. Gerade dies widerspricht nun aber am meisten dem Wesen des Zurückbehaltungsrechtes, das in seinem

---

[10]) vgl. §938 des ersten Entwurfs: „Die dem Besitzer nach §§ 936, 937 B.-G.-B. zustehenden Ansprüche sind dadurch bedingt, daß . . .".

[11]) Protokolle IV Seite 591, unbedingtes Klagerecht nur dann, wenn . . . Vgl. auch Langheineken a. a. O., S. 76.

[12]) Silber, Rechtszwang Seite 83, vgl. auch die dort unter Anm. 1 angegebene Literatur.

[13]) Dies ist trotz der sonstigen Umstrittenheit des Fälligkeitsbegriffes, unbestritten. Vgl. Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht S. 419, Langheineken a. a. O. Seite 87.

tiefsten Grunde nichts weiter ist, als die alte exceptio doli des römischen Rechts [14]).

Aus alledem geht hervor, daß der § 1000 B.-G.-B. durchaus keine Selbstverständlichkeit oder nur ein Spezialfall des § 273 B.-G.-B. ist, oder, wie die Motive [15]) und im Hinweis auf sie Planck [16]) meinen, nur in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden ist, um jeden nur möglichen Fall zu beseitigen.

§ 1000 B.-G.-B. enthält vielmehr einen, seinem Wesen nach zwar von § 273 B.-G.-B. nicht verschiedenen Fall des Zurückbehaltungsrechts. Im Hinblick auf § 1001 B.-G.-B. war es jedoch notwendig, den § 1000 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen.

B. *Hat der Besitzer analog § 273 Absatz 2 B.-G.-B. auch unter den Voraussetzungen des § 1000 B.-G.-B. ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines durch die herauszugebende Sache verursachten Schadens?*

Eng im Zusammenhange mit der Frage, ob der Fall des § 1000 B.-G.-B. von § 273 B.-G.-B. bereits mitumfaßt ist, steht die weitere Frage, ob der im § 273 Absatz 2 B.-G.-B. hervorgehobene Fall, daß durch den herauszugebenden Gegenstand ein Schaden verursacht worden ist, auch im Falle des § 1000 B.-G.-B., also, wenn es sich um die Klage des Eigentümers gegen den Besitzer handelt, mitenthalten ist. Zum Teil ist die Ansicht vertreten, daß das Zurückbehaltungsrecht wegen einer Schadenszufügung gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruche wegen der im § 1000 B.-G.-B. getroffenen Regelung für unzulässig anzusehen und das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen allein für anwendbar erklärt ist. [17]).

Zur Erläuterung diene folgender Fall:

A. klagt gegen B. auf Herausgabe eines ihm gehörigen Hundes. Der Hund, den B. gutgläubig erworben hat, ist sehr spielerisch und hat die vielen Hunden eigene Neigung, Schuhe, die er irgendwo stehen sieht, zu zerbeißen. B. weiß von dieser Neigung nichts und in einem unbewachten Augenblicke sind seine Schuhe von dem

---

[14]) R.-G.-K. § 273, Anm. 2, Planck § 273, Anm. 2 c c, b, Unterholzner, Bd. I, 2, § 218, Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht S. 87. Ortmann, § 273, Anm. und R.-G.-Z. 57, 7. Besonders auch die Definition des Begriffes im ersten Entwurfe (Motive, § 233 S. 41): „Die Regel beruht auf dem Prinzipe, daß durch das Zurückbehaltungsrecht in der Tat eine exceptio doli geltend gemacht wird, daß es zum Schutze besteht gegen einen dolus des Gegners, welcher darin besteht, daß dieser einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem anderen Teile zustehenden Gegenanspruch erhebt, durch die Loslösung seines Anspruchs vom gesetzlichen und natürlichen Zusammenhange mit dem Gegenanspruche und durch die Ignorierung des Letzteren gegen Treu und Glauben verstößt (Entsch. 14, S. 23)."

[15]) Motive III, Seite 416.

[16]) Planck, § 1000, Anm. 1.

[17]) so Rieger a. a. O., Seite 51.

Hunde zerbissen. Hat B. ein Zurückbehaltungsrecht an dem Hunde gegenüber dem Herausgabeanspruche des A.?

Nach Riegers Ansicht besteht ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht. Ein Zurückbehaltungsrecht des Besitzers gegenüber der rei vindicatio des Eigentümers — so schließt er per argumentum e contrario — gäbe es nur wegen Verwendungen auf die herauszugebende Sache.

Ist ein Schluß aus dem Gegenteil an sich schon immer etwas Gewagtes, so ist er jedenfalls dann vollkommen unzulässig, wenn das Gesetz einen besonders zweifelhaften oder wichtigen Punkt hervorhebt, ohne die Absicht zu haben, Verwandtes anzuschließen [18]).

Wie aus der vorhin angezogenen Stelle der Motive [19]) hervorgeht, ist der Entstehungsgrund des § 1000 B.-G.-B. der, jeden nur möglichen Zweifel zu beseitigen. Schon daraus geht hervor, daß die Anwendung des argumentum e contrario hier ausgeschlossen ist. Der Fall des durch die Sache verursachten Schadens erschien dem Gesetzgeber so unzweifelhaft, daß es ihm überflüssig schien, ihn noch ausdrücklich zu erwähnen. Denn daß die Vorschrift des § 273 B.-G.-B. auch auf den dinglichen Anspruch an sich angewendet werden dürfe, ist sowohl in den Motiven [20]) wie in den Protokollen [21]) gesagt.

Nach der hier vertretenen und begründeten Ansicht ist der § 1000 B.-G.-B. nicht bloß entstanden, weil er Zweifel beseitigen wollte, sondern gerade deswegen, weil er im Hinblick auf § 1001 B.-G.-B. eine Notwendigkeit war. Umsomehr muß die Zulässigkeit eines argumentum e contrario bestritten werden. Der Fall, daß dem Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht wegen eines ihm durch die herauszugebende Sache zugefügten Schadens zusteht, ist vielmehr aus der erörterten Zulässigkeit der Anwendung des § 273 B.-G.-B. auf den dinglichen Herausgabeanspruch des Eigentümers abzuleiten.

C. Der obligatorische Charakter des Zurückbehaltungsrechts.

Die Rechtsnatur des Verwendungsanspruchs und des damit im engen Zusammenhange stehenden Zurückbehaltungsrechts ist nach der Hinsicht sehr bestritten, ob diese Ansprüche persönlichen oder dinglichen Charakter tragen.

Die Dinglichkeit des Verwendungsanspruches wird in der Rechtslehre zum größten Teil hergeleitet aus den Bestimmungen der §§ 999 Abs. 2 und 1003 B.-G.-B. [22])

§ 999 B.-G.-B. gibt dem Besitzer das Recht, von dem augenblicklichen Eigentümer auch Verwendungen ersetzt zu verlangen,

---

[18]) so Dernburg Pandekten, Bd. I, S. 79, Anmerkung 10.
[19]) Motive III, Seite 416.
[20]) a. a. O.
[21]) Protokolle, Band I, Seite 312, Bd. III, Seite 359, VII.
[22]) Vgl. Biermann, Sachenrecht, § 999, Anm. 2, Wolff, § 9 Z.-V.-G., Anm. 6 und Leipziger Zeitschrift 08, S. 109.

die gemacht worden sind, *bevor* dieser sein Eigentum an der herauszugebenden Sache erlangt hat. Danach scheint allerdings der Verwendungsanspruch der Sache, nicht den an dem Rechtsverhältnis Eigentümer-Besitzer beteiligten Personen anzuhaften. § 1003 B.-G.-B. bestimmt ferner, daß der Besitzer wegen seiner Verwendungen unter bestimmten Voraussetzungen Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf betreiben kann.

Hält man dieses Selbstbefriedigungsrecht des Besitzers für einen Ausfluß des Zurückbehaltungsrechts, mithin den § 1003 B.-G.-B. für eine Erweiterung und Fortsetzung des § 1000 B.-G.-B., so muß man dazu kommen, das gegenüber dem Herausgabeanspruche des Eigentümers dem Besitzer gegebene Zurückbehaltungsrecht als ein etwa dem Pfandrechte gleichstehendes dingliches Recht anzusehen.[23])

Die Vorschrift des § 999 Absatz 2 B.-G.-B. ist nur aus ihrer geschichtlichen Entwicklung heraus zu verstehen. Sie war dem ersten Entwurfe völlig fremd, nach ihm sollte sich der Besitzer lediglich an den Eigentümer zur Zeit der Verwendung halten dürfen.[24]). Erst die zweite Kommission hielt die Einsetzung einer dem § 999 Absatz 2 B.-G.-B. ähnlichen Vorschrift für notwendig, „damit nicht dem Besitzer die reale Sicherheit für den Verwendungsanspruch dadurch entzogen werden könne, daß das Eigentum an der Sache auf einen Anderen übertragen werde, der seinerseits als Eigentümer nicht haften würde.“ [25])

Aus dieser Fassung der Protokolle geht hervor, daß es sich in der Vorschrift des § 999 Absatz 2 B.-G.-B. lediglich um eine im Interesse des Verwendenden getroffene Schutzvorschrift handelt.[26]). Keineswegs aber berechtigt die Fassung des § 999 Absatz 2 B.-G.-B. zu der Annahme, daß der Verwendungsanspruch zu einem dinglichen werde, denn der Anspruch ist seinem Grunde nach ein Ersatzanspruch[27]), das heißt also, es wird durch ihn eine obligatorische Ersatzforderung wegen Verwendungen, die der Besitzer auf den Gegenstand gemacht hat, geltend gemacht. Demgegenüber ist die Bestimmung des § 999 Absatz 2 eine Ausnahmevorschrift, die aber an dem Grundcharakter des Verwendungsanspruches als einer persönlichen Ersatzforderung nichts zu ändern vermag. Aus der Bestimmung des § 999 Absatz 2 B.-G.-B. ist im Gegenteil sogar mit Eckels[28]) zu schließen, daß es eben gerade wegen der persönlichen Natur des Verwendungsanspruches dieser Bestimmung bedurfte. Auch die Tatsache, daß für den Fall der

---

[23]) so insbesondere Wolff in Leipziger Zeitschrift 08, S. 113, der das Recht auf Befriedigung aus der Sache als eigentliches Kriterium des jus in re aliena betrachtet.
[24]) Motive III, Seite 416.
[25]) Protokolle III, Seite 358.
[26]) so auch R.-G.-Z. 71, Seite 427.
[27]) vgl. die Worte: „Ersatz verlangen“ und „Anspruch auf Ersatz“ in den §§ 994, 999, 1001, 1002 B.-G.-B.
[28]) Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. 9, Seite 203.

Zwangsversteigerung eine Ausnahme von § 999 Absatz 2 B.-G.-B. im § 93 Absatz 2 Z.-V.-G., wonach der Ersteher zum Ersatze der von dem Zuschlage gemachten Verwendungen nicht verpflichtet ist, geschaffen wurde, spricht dafür, daß es sich im § 999 Absatz 2 B.-G.-B. lediglich um eine vereinzelt dastehende Sondervorschrift handelt [29]).

Auch aus § 1003 B.-G.-B. darf man nicht auf den dinglichen Charakter des Verwendungsanspruches schließen. Freilich ist der Wortlaut dieser Vorschrift irreführend. Denn wenn § 1003 B.-G.-B sagt, der Besitzer solle nach Ablauf der bezeichneten Frist berechtigt sein, „Befriedigung aus der Sache nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen zu suchen", so ist das die Ausdrucksweise, deren sich das Bürgerliche Gesetzbuch bei anerkannten dinglichen Ansprüchen zu bedienen pflegt [30]). Aber das allein bildet noch keinen durchschlagenden Beweis für die Dinglichkeit des Selbstbefriedigungsrechts, denn dieselbe Ausdrucksweise findet sich auch bei persönlichen Rechten. [31])

Vielmehr handelt es sich nach der im Reichsjustizamte ausgearbeiteten Begründung zu § 49 K.-O. [32]), „bei dem Befriedigungsrechte aus § 1003 B.-G.-B. lediglich um eine besondere Art der Durchführung des *persönlichen* Anspruches". Tatsächlich ist § 1003 B.-G.-B. nur geschaffen, um den für den Besitzer lästigen Schwebezustand zu beseitigen, der eintritt, wenn weder der Besitzer ohne vorherige oder gleichzeitige Befriedigung seiner Ansprüche die Sache herausgeben, noch der Eigentümer die Verwendungen genehmigen bzw. den verlangten Ersatz zahlen will. Dieses Recht ist aber keineswegs ein Ausfluß des Zurückbehaltungsrechts, sondern steht als „besondere Art der Durchführung des persönlichen Anspruches" selbständig neben ihm. Von einer dinglichen Gestaltung des Verwendungsanspruches durch den § 1003 B.-G.-B. kann daher nicht die Rede sein. [33]).

Ist demnach der dem Zurückbehaltungsrecht zugrundeliegende Verwendungsanspruch persönlicher Natur, so ist es auch das mit dem Verwendungsanspruch akzessorisch verbundene Zurückbehaltungsrecht selbst. Denn das Zurückbehaltungsrecht ist, wie sich aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes — § 202 Absatz 2 B.-G.-B. — ergibt, eine Einrede. Als solche ist sie ein „Recht" nur im weitesten Sinne, sie ist wie sie Langheineken und Hellwig bezeich-

---

[29]) So auch R.-G.-Z. 71, Seite 427.
[30]) Vgl. §§ 1113, 1147, 1191, 1199, 1204 B.-G.-B.
[31]) Z. B. § 772 B.-G.-B.: „Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er aus dieser Sache Befriedigung suchen.
[32]) Materialien zur K.-O. von C. Heymann, Seite 51.
[33]) Vgl. Grevel Seite 78, Rieger Seite 60.

nen [34]), ein Recht des rechtlichen Könnens, jedenfalls ist sie kein subjektives Recht. Man kann daher auch von dem Zurückbehaltungsrechte selbst als einem persönlichen oder dinglichen Rechte nicht sprechen, sondern nur sagen, es habe persönlichen oder dinglichen Charakter, da der ihm zugrundeliegende Anspruch selbst diesen oder jenen Charakter trägt.

Nach den angestellten Untersuchungen kommen wir aber zu dem Ergebnis, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. sowohl wie der ihm zugrundeliegende Verwendungsanspruch persönlichen Charakter trägt.

II. *Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts in der Zwangsversteigerung.*

A. *Das Erlöschen des Zurückbehaltungsrechts durch den Zuschlag.*

Von besonderem Interesse ist die Wirkung des Zurückbehaltungsrechtes in der Zwangsversteigerung des Eigentümers, denn hier kommt der persönliche Charakter des Verwendungsanspruches und des damit zusammenhängenden Zurückbehaltungsrechts besonders deutlich zum Ausdruck.

Die eine Vorschrift ,die für diejenigen, die einen dinglichen Charakter des Zurückbehaltungsrechts befürworten, den Ausgangspunkt ihrer Erörterungen bildet, der § 999 Abs. 2 B.-G.-B. ist durch § 93 Abs. 2 Z.-V.-G. für das Zwangsversteigerungsrecht hinfällig gemacht worden. Dieser besagt nämlich, daß der Ersteher zum Ersatze von Verwendungen ,die vor dem Zuschlage gemacht worden sind, nicht verpflichtet ist. Daraus ergibt sich, daß, da eine Ersatzforderung des Besitzers nach Erteilung des Zuschlags nicht mehr besteht, das Zurückbehaltungsrecht mangels einer konnexen Gegenforderung erlischt.

Zu prüfen bleibt, ob dadurch die Voraussetzungen des § 92 Z.-V.-G. erfüllt sind. Nach dieser Vorschrift tritt, wenn durch den Zuschlag ein Recht, das nicht auf Zahlung eines Kapitals gerichtet ist, erlischt, an die Stelle des Rechtes der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Ist also das durch den Zuschlag erloschene Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 B.-G.-B. ein „Recht" im Sinne des § 92 Z.-V.-G., kann also der Besitzer wegen seines Verwendungsanspruches den Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse geltend machen? Wäre dies der Fall, dann würde sich das durch den Zuschlag erloschene Zurückbehaltungsrecht aus § 1000 B.-G.-B. in einen Anspruch auf Zahlung eines entsprechenden Geldbetrages aus dem Versteigerungserlöse umwandeln. Der Anspruch auf Ersatz des Wertes des Zu-

[34]) Langheineken Seite 43, Hellwig Anspruch und Klagrecht, Seite 9, Zitelmann, Allgemeiner Teil S. 23, 29.

rückbehaltungsrechtes deckt sich mit dem Betrage der Forderung, für die die Sache zurückbehalten wird, sofern nur der Wert der zurückbehaltenen Sache den Forderungsbetrag übersteigt. Nähme man also an, daß der Ersatzanspruch an die Stelle des Zurückbehaltungsrechts tritt, so würde der Zurückhaltungsberechtigte eine Geldforderung gegen den Ersteher hinsichtlich seiner Verwendungsansprüche erhalten, oder, wenn dieser schon gezahlt hat, einen Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses.

Zu diesem Ergebnis kommt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg[35]), die sogar soweit geht, den Ersatzanspruch für das durch den Zuschlag erloschene Zurückbehaltungsrecht den Rechten selbst früher berechtigter Pfandgläubiger vorgehen zu lassen. Schon dieses Ergebnis zeigt eine grobe Unbilligkeit, denn schließlich kann Hypothekengläubigern, wenn sie an gesicherter vorderer Stelle stehen, nicht ein Ausfall wegen einer unter Umständen sehr erheblichen Ersatzforderung des Zurückhaltungsberechtigten zugemutet werden.

Abgesehen davon ist aber auch die in dem Urteil gegebene Begründung nicht richtig.

§ 92 Z.-V.-G. betrifft nur solche Rechte, deren Inhaber im Zwangsversteigerungsverfahren „Beteiligte" im Sinne des § 9 Z.-V.-G. sind.[36]). Im Sinne des Zwangsversteigerungsgesetzes und somit auch an dem Versteigerungserlöse beteiligt sind nur die im § 9 Z.-V.-G. aufgezählten Berechtigten. § 9 Z.-V.-G. trägt insoweit erschöpfenden Charakter[37]). Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg läßt es dahingestellt, ob der zurückhaltungsberechtigte Besitzer „Beteiligter" im Sinne des § 9 Z.-V.-G. ist,[38]) und mußte daher zu einem dem Sinne des Zwangsversteigerungsgesetzes widersprechenden Ergebnis kommen.

§ 9 Z.-V.-G. sagt: „In dem Verfahren gelten als Beteiligte außer dem Gläubiger und dem Schuldner:

1. diejenigen, für welche zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist;
2. diejenigen, welche ein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht, ein Recht an dem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, einen Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstücke oder ein Miet- oder Pachtrecht, auf Grund dessen ihnen das Grundstück überlassen worden ist, bei dem Vollstreckungsgericht anmelden und auf Verlangen des Gerichts oder eines Beteiligten glaubhaft machen."

---

[35]) O.-L.-G. VIII, Seite 116 ff.
[36]) Schlegelberger, Z.-Bl. F. G., 6. Jahrg., Seite 555.
[37]) Reinhardt-Müller, § 9, Anm. 1.
[38]) a. a. O., Seite 118.

B. *Tritt an die Stelle des Zurückbehaltungsrechts der Anspruch auf Ersatz aus dem Versteigerungserlöse?*

Ob der Schuldner Beteiligter im Sinne des § 9 Z.-V.-G. ist, wird nach dem Gesagten davon abhängen, ob das Zurückbehaltungsrecht eines von den im § 9 Z.-V.-G. aufgezählten Rechten ist.

Daß das Zurückbehaltungsrecht ein Recht im Sinne von § 9 Absatz 1 ist, kommt nicht in Betracht, wohl aber wird zum Teil behauptet, daß das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. ein „Recht am Grundstück" bzw. ein „der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht" im Sinne von § 9 Absatz 2 Z.-V.-G. sei.[39])

Auch um diese Streitfrage beantworten zu können, bedarf es eines Eingehens auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 9 Absatz 2 Z.-V.-G. Die Grundlage des heutigen Zwangsversteigerungsgesetzes bildet das Preußische Gesetz vom 13. Juli 1883, „betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen". (Ges.-S. S. 131)[40]). Die Inhaber von „Rechten am Grundstück" entsprechen den „Realberechtigten" im Sinne von § 21 Ziffer 3 und 4 des preußischen Gesetzes von 1883[41]). Als solche waren nur diejenigen zu betrachten, die „ein dingliches Recht an dem Grundstück oder sonst ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Grundstücke haben".

Daß das Zurückbehaltungsrecht ein dingliches Recht sei, ist oben bereits abgelehnt worden. Auch ein Recht auf abgesonderte Befriedigung ist es nicht, sondern es ist, wie die angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg[42]) selbst zugibt, „lediglich ein Recht auf Erhaltung des Besitzes zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs".

Es ist demnach der herrschenden Meinung[43]) zuzustimmen, die das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 B.-G.-B. nicht als ein Recht am Grundstück im Sinne von § 9 Z.-V.-G. auffaßt.

Zu prüfen bleibt, ob das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht ist. Der Begriff eines solchen ist nirgends im Gesetze definiert. Er entspricht im Wesentlichen dem in der Zivilprozeßordnung im § 771 aufgestellten Begriffe des „die Veräußerung hindernden Rechtes"[44]). Als solches könnte für den Zurückbehaltungsberechtigten sein Besitz an dem zu veräußernden Gegenstande in Frage kommen.

Ob der Besitz ein „die Veräußerung hinderndes Recht" ist, ist eine sehr umstrittene Frage. Sie zu lösen würde über den Um-

---

[39]) Wolff, § 9 Z.-V.-G., Anm. 6, § 93, Anm. 5.
[40]) Schlegelberger, a. a. O., S. 555, Jäkel-Güthe, § 1 E.-G.-Z.-V.-G., Anm. 1.
[41]) Schlegelberger, a. a. O.
[42]) O.-L.-G. VIII, Seite 116.
[43]) R.-G.-K., § 1000, Anm. 2, Jäkel-Güthe, § 9, Anm. 5 bb, Reinhardt-Müller, § 9, Anm. 9, Eckels, a. a. O., S. 201, Schlegelberger, S. 555.
[44]) Vgl. Reinhardt-Müller, § 9, Anm. 5, 1.

fang dieser Darstellung hinausgehen. Für diese Betrachtung genügt es, das eine festzustellen: Nach dem *Zwangsversteigerungsgesetz* gehört jedenfalls der Besitz nicht zu den der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechten. Dies folgt für den Fremdbesitz aus § 9 Ziffer 2 Z.-V.-G. Dieser erwähnt, den Miet- bzw. Pachtbesitz *neben* den der Zwangsversteigerung entgegenstehenden Rechten. Daraus folgt per argumentum e contrario, daß der sonstige Fremdbesitz kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht ist.

Für jeden, auch für den Eigenbesitz, folgt das aber aus § 93 Absatz 1 Z.-V.-G.[15]). Nach Absatz 1 Satz 2 soll die Zwangsvollstreckung nicht erfolgen gegen einen Besitzer, „der auf Grund eines Rechtes besitzt, das durch den Zuschlag nicht erloschen ist. Erfolgt gleichwohl die Zwangsvollstreckung, so kann der Besitzer nach Maßgabe des § 771 der Zivilprozeßordnung Widerspruch erheben."

Wäre der Besitz ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, so müßte bei Terminsbestimmung gemäß § 37 Ziffer 5 Z.-V.-G. an den Besitzer die Aufforderung ergehen, vor Erteilung des Zuschlags die Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, widrigenfalls für das Recht der Versteigerungserlös an die Stelle des versteigerten Gegenstandes treten würde. Kommt der Besitzer dieser Aufforderung nicht nach, so würde infolge des Zuschlags sein Besitzrecht erlöschen und der Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse an seine Stelle treten. (§ 92 Abs. 1 Z.-V.-G.)

Dies wäre mit § 93 Absatz 1 Z.-V.-G. nicht zu vereinbaren. Denn die Geltendmachung des Ersatzanspruches aus dem Versteigerungserlöse setzt eben gerade voraus, daß die Zwangsversteigerung zur Durchführung gelangt ist, während der Besitzer nach § 93 Z.-V.-G. gerade gegen die Zwangsversteigerung Widerspruch erheben kann.

Daraus folgt, daß der Besitz kein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht ist.

Auch „ein Anspruch mit dem Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstück" im Sinne von § 9 Absatz 2 Z.-V.-G. ist das Zurückbehaltungsrecht nicht. In diesem Sinne berechtigt sind vor allem die im § 10 Z.-V.-G. aufgeführten Gläubiger, und von diesen wiederum werden insbesondere die unter Nr. 1 bis 3 aufgeführten Berechtigten in Frage kommen, da der Beschlagnahmegläubiger selbst wegen § 9 Absatz 1 Z.-V.-G. Beteiligter am Zwangsversteigerungsverfahren ist, sowie die übrigen Realberechtigten dem § 9 Ziffer 1 Z.-V.-G. unterfallen.[16]). Das Zurückbehaltungsrecht selbst ist aber weder im § 10 Z.-V.-G. aufgeführt, noch fällt es insbesondere unter Ziffer 1 bis 3 dieser Vorschrift. Der Besitzer ist wegen seines Verwendungsanspruches im Sinne von § 10 nur berechtigt, wenn er gemäß § 1003 B.-G.-B. sein Befriedigungsrecht geltend

[15]) Schlegelberger, a. a. O., Seite 556.
[16]) Vgl. Reinhardt-Müller, § 9, Anm. 3.

macht. Dann fällt sein Anspruch unter Ziffer 5 des § 10 Z.-V.-G. Das Zurückbehaltungsrecht selbst ist aber im § 10 Z.-V.-G. nicht unterzubringen.

Es ist demnach der herrschenden Meinung beizutreten, welche das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 B.-G.-B. nicht als ein Recht im Sinne des § 9 Z.-V.-G. auffaßt und daher den Zurückhaltungsberechtigten nicht als am Zwangsversteigerungsverfahren beteiligten Gläubiger ansieht.

Der Zurückhaltungsberechtigte hat demnach also auch nach § 92 Absatz 1 Z.-V.-G. keinen Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem Versteigerungserlöse. Sein Recht erlischt also sowohl dem Ersteher als auch den Realberechtigten gegenüber.

III. *Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts des § 1000 B.-G.-B. im Konkurse des Eigentümers.*

A. Das im § 49 Nr. 3 K.-O. gegebene Absonderungsrecht.

Ueber die Einwirkung des Konkurses auf das Zurückbehaltungsrecht bestimmte des Allgemeine Landrecht schlechthin: (§ 566, I, 20) „Ist Konkurs über das Vermögen des Schuldners entstanden, so hört das Zurückbehaltungsrecht auf, und der, welchem selbiges beigewohnt hat, erlangt dadurch vor allen anderen Gläubigern keinen Vorzug."

Diese Vorschrift ist wie sämtliche landesrechtlichen bei Erlaß der Konkursordnung bestehenden konkursrechtlichen Vorschriften durch § 4 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung aufgehoben worden. Auch eine ähnliche Bestimmung hat in die Konkursordnung keine Aufnahme gefunden, so daß die Frage nach der Einwirkung des Konkurses auf das Zurückbehaltungsrecht, insbesondere auf das hier allein in Frage stehende Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. aus allgemeinen konkursrechtlichen Grundsätzen beantwortet werden muß.

Um die Wirkung des Konkurses auf das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 B.-G.-B. beurteilen zu können, ist es zunächst einmal notwendig, einen Blick auf die dem Zurückbehaltungsrechte zugrundeliegende Verwendungsforderung und deren Geltendmachung im Konkurse zu werfen.

Der Verwendungsanspruch kann gemäß § 1001 B.-G.-B. von dem Besitzer nur geltend gemacht werden, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendungen genehmigt. Die Möglichkeit der Erzwingung des Verwendungsanspruches besteht also nur von diesem Zeitpunkte ab. Wesentliches Merkmal einer Konkursforderung ist aber deren Erzwingbarkeit[47]), da der Konkurs ein Vollstreckungsverfahren ist und zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger dient. Aus diesem Grunde stellen

---

[47]) *Jäger*, § 3, Anmerkung 13.

auch z. B. Naturalobligationen (Ansprüche aus Spiel und Wette, § 762 B.-G.-B., Ansprüche auf Auszahlung des Gewinnes aus Differenzgeschäften § 764 B.-G.-B.), keine Konkursforderungen dar Vor Genehmigung bzw. Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer kann also der Besitzer eine Konkursforderung nicht anmelden. Gleichwohl besteht schon vor diesem Zeitpunkt die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung des Verwendungsanspruches durch Erhebung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts.

Die Frage nach der Einwirkung des Konkurses auf das Zurückbehaltungsrecht wird sich nun dahin spezialisieren: Kann der Besitzer die dem Eigentümer herauszugebende Sache auch dann zurückbehalten, wenn der Konkursverwalter des Eigentümers die Sache zur Konkursmasse einziehen will.

Das behauptet z. B. Th. Wolff [18]) und begründet das mit der Behauptung, „daß infolge der Verweigerung der Genehmigung ein persönlicher Anspruch nicht zustandegekommen sei". Nach Wolffs Ansicht ist ja, wie oben dargelegt worden ist, der Verwendungsanspruch sowohl wie das mit diesem akzessorisch verbundene Zurückbehaltungsrecht bis zur Genehmigung bzw. Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer dinglicher Natur.

Daß diese Begründung nicht richtig ist, ist oben bereits auseinandergesetzt worden.

Die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts im Konkurse ergibt sich vielmehr aus § 49 Ziffer 3 K.-O. Dieser lautet:

„Den im § 48 bezeichneten Pfandgläubigern stehen gleich (d. h. können aus den bezeichneten Gegenständen abgesonderte Befriedigung verlangen):

3. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache."

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Absonderungsrechtes nach § 49 Nr. 3 K.-O. ist also, daß die Verwendungsforderung den noch vorhandenen Vorteil an der herauszugebenden Sache nicht übersteigt. Sonst besteht ein Absonderungsrecht nicht Demgemäß kann aber auch ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer über den vorhandenen Vorteil hinausgehenden Verwendungsforderung nicht bestehen. Die entgegengesetzte Ansicht L. Seufferts [19]) und Petersen-Kleinfellers [50]) würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Denn wollte man das Zurückbehaltungsrecht wegen einer den vorhandenen Vorteil übersteigenden Verwendungsforderung noch zulassen, so würde der Besitzer dadurch besser geschützt sein als durch ein Absonderungsrecht. Denn auch das Absonderungsrecht kann der Besitzer nur so geltend machen, daß er aus dem verhafteten

[18]) Lpz. Z. 08, S. 109.
[19]) L. Seuffert, Konkursprozeßrecht, Seite 112.
[50]) Petersen-Kleinfeller, Anmerkung 34.

Gegenstande Befriedigung sucht. Langt also der für den Gegenstand erzielte Erlös nicht aus — und das wird bei einer den vorhandenen Vorteil übersteigenden Verwendungsforderung regelmäßig der Fall sein —, so fällt der Besitzer insoweit mit seinem Anspruche aus. Die Geltendmachung der Einrede des Zurückbehaltungsrechts hat dagegen gemäß § 274 B.-G.-B. die Wirkung, daß der Eigentümer Zug um Zug gegen Herausgabe der Sache zur Zahlung der Verwendungsforderung, — also des gesamten vom Besitzer erhobenen Anspruches — zu verurteilen ist. Der Besitzer steht also, wenn ihm das Zurückbehaltungsrecht zusteht, besser da, als wenn er lediglich absonderungsberechtigt ist. Erkennt aber der Gesetzgeber dem Besitzer wegen einer den vorhandenen Vorteil noch übersteigenden Verwendungsforderung nicht einmal ein Absonderungsrecht zu, so kann es unmöglich nach seinem Willen sein, wenn ihm das Zurückbehaltungsrecht auch gegenüber dem Konkursverwalter zustände.

Einem nicht absonderungsberechtigten Verwendungsgläubiger steht also ein Zurückbehaltungsrecht im Konkurse des Eigentümers nicht zu.[51]).

Aber auch der nach § 49 Nr. 3 K.-O. absonderungsberechtigte Gläubiger hat dem Konkursverwalter gegenüber kein Zurückbehaltungsrecht.

Zwar sagt § 49 Nr. 3 K.-O.: „. . . in Ansehung der *zurückbehaltenen* Sache", aber es wäre falsch, von diesen Worten aus zu schließen, daß das Zurückbehaltungsrecht auch dem Konkursverwalter gegenüber bestehen bleibt. Das würde dem Wesen des Konkurses als einer Gesamtliquidation des Vermögens des Gemeinschuldners und dem Wesen der konkursrechtlichen Absonderung insbesondere widersprechen. Gemäß § 127 Absatz 1 K.-O. ist der Verwalter berechtigt, „die Verwertung eines zur Masse gehörigen *beweglichen* Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Pfandrecht oder ein diesem gleichgestelltes Recht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwertung nicht widersprechen, vielmehr nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen."

Das Zurückbehaltungsrecht nach § 1000 B.-G.-B. ist durch § 49 Nr. 3 K.-O. dem durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrecht gleichgestellt. Die Verwertung liegt demnach in den Händen des Konkursverwalters. Der Verwendungsgläubiger kann demnach dem Herausgabeverlangen des Konkursverwalters zum Zwecke des Verkaufes der Sache nicht widersprechen, kann vielmehr gemäß § 127 Absatz 1 Satz 2 K.-O. seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen. Damit entfällt aber die Möglichkeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts im Konkurse tatsächlich.

---

[51]) Vgl. *Jäger*, § 49, Anmerkung 42.

Die Worte „. . . in Ansehung der zurückbehaltenen Sache" sind vielmehr nur so zu verstehen, daß Voraussetuzng des Absonderungsrechts nach § 49 Nr. 3 K.-O. ist, daß der Gläubiger wegen seines Verwendungsanspruches ein Zurückbehaltungsrecht hat. Die Anwendung von § 49 Nr. 3 K.-O. ist also ausgeschlossen, wenn, wie z. B. bei dem Ersatzanspruche des Mieters gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht besteht [52]).

B. *Ist das im § 49 Nr. 3 K.-O. gegebene Absonderungsrecht auch für unbewegliche Sachen anzuwenden?*

Bestritten ist endlich die Frage, ob § 49 Nr. 3 K.-O., wie Seuffert [53]) meint, sowohl für bewegliche wie für unbewegliche Sachen gilt oder nur für die ersteren. Rein nach dem Wortlaut der Vorschrift sollte man meinen, die Seuffert'sche Ansicht sei richtig, denn § 49 Nr. 3 K.-O. macht keinen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, jedoch wird die Ansicht von der herrschenden Lehre mit Recht abgelehnt, denn sedes materiae für die abgesonderte Befriedigung aus Grundstücken ist *ausschließlich* § 47 K.-O. [54]). Dieser setzt aber voraus, daß ein Recht des Absonderungsberechtigten auf Befriedigung aus den Gegenständen besteht. Ein solches Recht besteht für den Zurückhaltungsberechtigten nur im Falle des § 1003 B.-G.-B., also dann, wenn er den Eigentümer unter Angabe des als Ersatz beanspruchten Betrages aufgefordert hat, sich innerhalb einer von ihm bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige. Grundsätzlich besteht aber ein Befriedigungsrecht des Zurückhaltungsberechtigten nicht. Er unterfällt daher dem § 47 K.-O. nicht und hat demnach auch kein Absonderungsrecht.

Damit stimmt auch das überein, was oben über die Wirkung des Zurückbehaltungsrechts in der Zwangsversteigerung gesagt worden ist. Danach hat der Zurückhaltungsberechtigte in der Zwangsversteigerung keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke. Damit entfällt aber auch die vom § 47 K.-O. geforderte Voraussetzung, ein Absonderungsrecht ist daher dem Zurückhaltungsberechtigten nicht zuzubilligen.

In dem praktisch bedeutsamsten Falle dieser Art, — nämlich wenn der Vermieter eines Grundstücks auf Herausgabe desselben klagt — steht dem Mieter kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift im § 556 Absatz 2 B.-G.-B. ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt garnicht zu und es entfällt schon aus diesem Grunde die Möglichkeit der Geltendmachung eines Absonderungsrechtes. [55])

---

[52]) Jäger, § 49, Anmerkung 41.
[53]) a. a. O., Seite 111, § 18 c, b.
[54]) Vgl. Mentzel, § 49, Anmerkung 4, *Jäger*, § 49, Anmerkung 44.
[55]) Jäger, § 49, Anmerkung 44.

Zusammengefaßt geht also die Wirkung des im § 1000 B.-G.-B. gegebenen Zurückbehaltungsrechts im Konkurse dahin, daß dem Besitzer wegen seiner Verwendungen ein Absonderungsrecht gemäß § 49 Nr. 3. K.-O. zusteht. Dies ist ihm jedoch versagt, wenn seine Ersatzforderung den noch vorhandenen Vorteil übersteigt, oder wenn die Sache, auf die er die Verwendungen gemacht hat, eine unbewegliche ist.

LITERATUR-VERZEICHNIS.

I. Kommentare und Lehrbücher.

1. *Biermann:* Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 3. Auflage, 1914.
2. *Crome:* System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1905.
3. *Dernburg:* Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Auflage, 1909.
4. *Eck:* Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches Band I bis III, 1. und 2. Auflage, Berlin 1903.
5. *Endemann:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 1903.
6. *Enneccerus, Kipp, Wolff:* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, 1926.
7. *Fischer-Schäfer:* Die Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 2. Auflage, 1910.
8. *Fischer-Henle:* Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Auflage, 1927.
9. *Förster-Kann:* Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Auflage, 1926.
10. *Jäkel-Güthe:* Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, 6. Auflage, 1929.
11. *Jäger:* Kommentar zur Konkursordnung, 3. und 4. Auflage 1913.
12. *Krech-Fischer:* Das Preußische Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883, Berlin und Leipzig 1884.
13. *Kretschmar:* Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Leipzig 1904.
14. *Lent:* Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Band I 1912, Band II 1916.
15. *Mentzel:* Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Auflage 1928.
16. *Oertmann:* Bürgerliches Gesetzbuch, Band II, 15. Auflage, 1928.
17. *Planck:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 4. Auflage.
18. *Petersen-Kleinfeller:* Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage, 1900.
19. *Reichsgerichtsräte:* Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 6. Auflage 1928.
20. *Reinhardt-Müller:* Das Zwangsversteigerungsgesetz, 2. Auflage 1929.
21. *Rosenberg:* Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage 1929.

22. *Seuffert:* Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.
23. *Staudinger:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 7. und 8. Auflage.
24. *Stein-Jonas:* Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 14. Auflage 1929.
25. *Sydow-Busch:* Konkursordnung und Anfechtungsgesetz.
26. *Warneyer:* Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Band I 1923, Band II 1927.
27. *Windscheid-Kipp:* Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage 1906.
28. *Th. Wolff:* Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Leipzig 1904.

II. Abhandlungen und Dissertationen.

1. *Baring:* Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz im Sächsischen Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht Band XIV, Seite 459 folgende.
2. *v. Brünneck:* Bemerkungen zur Lehre von Verwendungen, deren Erstattung der Besitzer eines Grundstücks vom Eigentümer verlangt, in Gruchots Beiträge, Band 51, Seite 229 folgende.
3. *Eckels:* Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers im Konkurse des Eigentümers und in der Zwangsversteigerung im Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Jahrgang 9, Seite 201 folgende.
4. *Emmerich:* Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.
5. *Florey:* Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Leipzig 1904.
6. *Friedenthal:* Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band I, 5.
7. *Geier:* Der Begriff der Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Jena 1901.
8. *Gierke:* Die Bedeutung des Fahrnißbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band I, 4.
9. *Grevel:* Welche Rechte hat der Besitzer wegen Verwendungen gegen den Eigentümer? Diss. Jena 1908.
10. *Hellwig:* Anspruch und Klagerecht in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band V, 1.
11. *Isay:* Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band VI, 1.
12. *Kretschmar:* Zur Bedeutung des im Bürgerlichen Gesetzbuche bestimmten Wegnahmerechts. Im Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Jahrgang 6, Seite 1 folgende.
13. *Langheineken:* Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche, Leipzig 1903.
14. *Levy:* Die Zurückbehaltungsrechte im Konkurse, Diss. Heidelberg 1912.

15. *Morgenroth:* Der Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen, Diss. Erlangen 1904.
16. *Oertmann:* Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche in Jherings Jahrbücher, Band 61, Seite 44 folgende.
17. *Rieger:* Das Zurückbehaltungsrecht des B.G.B., Diss. Tübingen 1901.
18. *Schlegelberger:* Das Zurückbehaltungsrecht. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Band XII, 1.
19. *Derselbe:* Die Wirkung des Zuschlags auf das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers im Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, Jahrgang 6, Seite 553 folgende.
20. *Scholz:* Der Verwendungsanspruch des Grundstücksbesitzers in der Zwangsversteigerung und im Konkurse. Diss. Greifswald 1909.
21. *Siber:* Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
22. *Derselbe:* Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig 1907.
23. *Stammler:* Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten, Halle 1900.
24. *Th. Wolff:* Das Zurückbehaltungsrecht im Konkurse in Leipziger Zeitschrift 1908, Seite 36 folgende, Seite 108 folgende.

III. Materialien und Protokolle.

1. *Hahn:* Die gesammelten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881.
2. *Hahn-Mugdan:* Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und die Grundbuchordnung, Berlin 1897.
3. *Motive:* Zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe Berlin 1881.
4. *Protokolle:* Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897.

LEBENSLAUF.

Ich wurde am 8. März 1906 als Sohn des Obersteuerinspektors *Richard Kuttig* und seiner Ehefrau *Hedwig*, geb. *Böttcher* in Posen geboren.

Von Ostern 1912 bis Ostern 1915 besuchte ich die Städtische Mittelschule zu Posen, von da ab bis Ostern 1919 das Augusta-Viktoria-Gymnasium und von da bis Ostern 1921 das Deutsche Privat-Gymnasium zu Posen.

Nach Abtretung Posens an Polen, siedelte ich nach Breslau über und besuchte dort das Elisabet-Gymnasium, das ich Ostern 1925 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte darauf an der Universität Breslau die Rechte und hörte insbesondere die Vorlesungen der Herren Prof. Dr. *Schott*, Prof. Dr. *Helfritz*, Prof. Dr. *Bruck*, Prof. Dr. *Wegner*, Prof. Dr. *Schmidt-Rimpler* und Prof. Dr. *Nagler*. Am 10. Februar 1930 habe ich vor der Prüfungskomission des Oberlandesgerichts Breslau das Referendarexamen bestanden, am 28. desselben Monats bestand ich das Rigorosum.

Herrn Prof. Dr. *Schott* bin ich für die Anregungen zu dieser Arbeit zu besonderem Danke verpflichtet.

Ernst Kuttig.